

Von Parkierungsschreiben und Shortlists

Das Parkierungsschreiben ist ein Institut der Praxis, durch das einer Anbieterin mitgeteilt wird, dass die Prüfung ihrer Offerte frühzeitig beendet wird, weil sie für den Zuschlag nicht mehr in Betracht kommen kann. Nach dem BVGer stellt dieses Schreiben keinen Ausschluss und auch sonst keine selbständig anfechtbare Verfügung dar. Zudem gilt es, zwischen der Parkierung chancenloser Angebote und dem Shortlist-Verfahren nach Art. 40 Abs. 2 BöB zu unterscheiden. Nur beim Letzteren können potenziell chancenreiche Angebote aus dem Rennen genommen werden.

La «lettre de parcage» est un instrument de la pratique qui permet d'informer un soumissionnaire que son offre ne sera pas examinée plus avant, car celle-ci ne peut plus entrer en compte pour l'adjudication. Selon le TAF, une telle lettre ne constitue ni une exclusion, ni une autre décision attaquable de manière séparée. En outre, il sied de distinguer le parcage d'une offre sans chance d'adjudication de la procédure de «short list» de l'art. 40 al. 2 LMP: seule cette dernière permet d'écarter des offres qui ont potentiellement des chances de succès.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Juni 2022 (B-1456/2022)

Martin Beyeler, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(4) 1. Die öffentliche Auftraggeberin hatte unter der Geltung des neuen BöB einen Bauauftrag im offenen Verfahren ausgeschrieben. In den Ausschreibungsunterlagen gab sie bekannt, dass die Offerten in acht aufeinanderfolgenden Etappen geprüft und bewertet würden. Im Rahmen der siebten Etappe sollten die formal zulässigen und technisch bereinigten Offerten sowohl in technischer als auch in finanzieller

Hinsicht unter den Zuschlagskriterien bewertet werden. Als achte Etappe war eine Sitzung zur Klärung technischer und finanzieller Fragen («séance de clarification technico-financière») vorgesehen. Ein Vorgehen nach Art. 40 Abs. 2 BöB (Shortlisting) kündigten weder die Ausschreibung noch die Unterlagen an.

2. Nach Abschluss der siebten Etappe sandte die Auftraggeberin einer Anbieterin ein Schreiben, aus dem sich ergab, dass das Angebot dieser Anbieterin nicht mehr in Betracht komme und dass das Schreiben keine selbständig anfechtbare Verfügung darstelle. Dementsprechend wurde die Anbieterin nicht zu der die achte Etappe bildenden Sitzung zur

Klärung technischer und finanzieller Fragen eingeladen. Das Schreiben kündigte weiter an, dass die Anbieterin dereinst ordnungsgemäss durch anfechtbare Verfügung über den Zuschlag informiert werden würde.

3. Binnen zwanzig Tagen nach Erhalt des Schreibens erhob die Anbieterin Beschwerde vor dem BVGer und beantragte, der sich aus dem Schreiben ergebende Entscheid sei aufzuheben, und die Auftraggeberin sei anzuhalten, die achte Etappe auch mit ihr durchzuführen. Sie machte geltend, de facto sei sie im Sinn von Art. 53 Abs. 1 lit. h BöB vom Verfahren ausgeschlossen worden, so dass eine anfechtbare Verfügung vorliege. Zugleich habe die Auftraggeberin die Vorschrift des Art. 40 Abs. 2 BöB betreffend Shortlisting nicht eingehalten. Es liege einerseits kein Ausschlussgrund vor, andererseits könne Art. 40 Abs. 2 BöB mangels entsprechenden Ausschreibungsvermerks nicht zur Anwendung kommen. Im Ergebnis sei die Auftraggeberin verpflichtet, die achte Etappe auch mit ihr zu durchschreiten; der Entscheid, den Prozess der Prüfung und Bewertung vorher zu beenden, sei daher rechtswidrig.

Der Entscheid

Das BVGer tritt auf die Beschwerde nicht ein.

1. Die in Art. 53 Abs. 1 BöB enthaltene Aufzählung der anfechtbaren Entscheide im Zusammenhang mit öffentlichen Beschaffungen von Bundesvergabestellen ist abschliessender Natur (dies im Unterschied zur Liste des früheren Art. 29 aBöB). Wie sich aus Abs. 5 der Bestimmung ergibt, sind alle weiteren während eines Vergabeverfahrens gefällten Entscheide der Vergabestelle nicht selbständig (sondern nur im Rahmen der nächstfolgenden Verfügung nach Art. 53 Abs. 1 BöB) anfechtbar. Das soll nach der Botschaft BöB (BBl 2017 1851, 1978) und dem BVGer unabhängig davon gelten, ob solche Entscheide i.S.v. Art. 5 VwVG als Verfügung zu qualifizieren sind, und selbst dann, wenn sie einen nicht wiedergutmachenden Nachteil zufügen. Auf die Beschwerde könnte nur eingetreten werden, wenn das Schreiben vom 4.3.2022 unter einen der Tatbestände von Art. 53 Abs. 1 BöB fiel.

2. Der Art. 44 BöB enthält eine abschliessende Liste der Gründe, die zu einem Ausschluss einer Anbieterin oder eines Angebots führen können.

a. Die Auftraggeberin hat die Offerte der Beschwerdeführerin nach entsprechender Prüfung in allen Punkten für zulässig erachtet, und auch die Beschwerdeführerin behauptet nicht, dass gegen sie oder die Offerte ein Ausschlussgrund vorläge. Vor diesem Hintergrund stellt das BVGer fest, dass die Beschwerdeführerin nicht nach Art. 44 Abs. 1 lit. a oder lit. b BöB ausgeschlossen worden sein kann. Ein anfechtbarer Ausschluss liegt insoweit nicht vor.

b. Weder die Beschwerdeführerin noch die Auftraggeberin behaupten, dass die Beschwerdeführerin oder ihre Offerte

aus einem anderen in Art. 44 BöB genannten Grund aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei.

c. Nach der Botschaft BöB (BBl 2017 1851, 1979) soll ein Ausschluss i.S.v. Art. 53 Abs. 1 lit. h BöB auch in dem Fall vorliegen, in dem die Vergabestelle durch förmliche Verfügung in einer elektronischen Auktion (Art. 23 Abs. 4 S. 2 BöB) oder in einem Dialogverfahren die Anzahl der Anbieterinnen reduziert (Art. 24 Abs. 4 BöB). Indessen hat im vorliegenden Fall die Auftraggeberin weder einen Dialog noch eine elektronische Auktion ausgeschrieben oder durchgeführt. Auch unter diesem Gesichtswinkel liegt demnach ein Ausschluss i.S.v. Art. 53 Abs. 1 lit. h BöB nicht vor.

3. Das Schreiben vom 4.3.2022 stellt nach dem BVGer ein sogenanntes Parkierungsschreiben (*«lettre de parcage»*) dar. Durch ein solches Schreiben teilt eine Vergabestelle der betreffenden Anbieterin mit, dass sie keine realistischen Chancen mehr auf den Zuschlag habe (*«plus de chance réaliste d'emporter le marché»*), worauf die Anbieterin schon vor dem Zeitpunkt des Nicht-Zuschlags neu disponieren und sich anderen Zielen zuwenden könne.

a. Die Botschaft BöB (BBl 2017 1851, 1978) erwähnt die Praxis des Parkierungsschreibens ausdrücklich und hält fest, dass ein solches Schreiben keine anfechtbare Verfügung i.S.v. Art. 53 Abs. 1 BöB darstellt.

b. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist Art. 40 Abs. 2 BöB, wonach die Vergabestelle, wenn sie es in der Ausschreibung ankündigt, bestimmte Offerten ohne vertiefte bzw. «umfassende» Prüfung aus dem Bewertungsvorgang entfernen kann (sog. Shortlisting), im Umkehrschluss dahin auszuulegen, dass die Praxis des Parkierungsschreibens nur noch in den Formen und unter den Voraussetzungen dieser Bestimmung zulässig ist. Jenseits der Vorschrift des Art. 40 Abs. 2 BöB seien jegliche Parkierungsschreiben verboten, und die Bewertung der zulässigen Offerten müsse insoweit immer bis zum Ende geführt werden. Weil die Auftraggeberin in casu die Bestimmung des Art. 40 Abs. 2 BöB nicht eingehalten habe, sei ihr Vorgehen als unzulässig einzustufen.

c. Das BVGer teilt die Ansicht der Beschwerdeführerin nicht. Es stellt fest, dass die Auftraggeberin im vorliegenden Fall unstreitig kein Vorgehen nach Art. 40 Abs. 2 BöB angekündigt oder durchgeführt hat. Selbst dann jedoch, wenn ein (allenfalls in mangelhafter Art) auf den Art. 40 Abs. 2 BöB gestützter Entscheid im Streit läge, änderte sich nichts daran, dass dieser (wie sich aus der Botschaft BöB ergibt) nicht separat anfechtbar wäre, sondern erst im Rahmen einer Zuschlagsanfechtung überprüft werden könnte. So oder so ergibt sich aus den mit Art. 40 Abs. 2 BöB zusammenhängenden Fragen kein Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 53 Abs. 1 BöB.

Die Anmerkungen

1. Als Erstes ist darauf hinzuweisen, dass der Art. 53 Abs. 1 BöB entgegen den Ausführungen der Botschaft BöB (BBl

2017 1851, 1978) und des BVGer insoweit nicht von abschliessender Natur ist, als gemäss Art. 53 Abs. 2 BöB «Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, [...] zusammen mit der Ausschreibung [Art. 53 Abs. 1 lit. a BöB] angefochten werden [müssen]». Daraus ergibt sich, dass die Unterlagen an sich ein anderes Objekt darstellen als die öffentliche Ausschreibung, und zugleich auch, dass der Inhalt der Unterlagen dem Anfechtungsobjekt Ausschreibung legalfiktiv zugerechnet wird. Faktisch werden die Unterlagen damit zu einem ausserhalb des Art. 53 Abs. 1 BöB stehenden Anfechtungsobjekt (nicht näher einzugehen ist vorliegend auf den Umstand, dass die Auffassung, wonach die frühzeitige Nichtberücksichtigung eines Angebots im Dialog oder in der elektronischen Auktion einen Ausschluss i.S.v. Art. 53 Abs. 1 lit. h BöB darstelle, im Gesetzestext, namentlich in Art. 44 BöB, keine Stütze findet).

2. Im Weiteren ist klarzustellen, dass die Vergabestelle in casu wohl auch noch eine neunte Etappe mit dem Inhalt einer neuerlichen Bewertung der Offerten unter den Zuschlagskriterien impliziter vorsah, da die als achte Etappe geplante «séance de clarification technico-financière» wenig Sinn ergäbe, wenn die entsprechenden Klärungen in keinem Fall Auswirkungen auf die Bewertung haben könnten.

3. Das BVGer hat im rapportierten Urteil nicht entschieden, ob die Argumentation der Beschwerdeführerin zutrifft, wonach seit dem Inkrafttreten des Art. 40 Abs. 2 BöB die Praxis des Parkierungsschreibens nur mehr im Rahmen dieser Bestimmung fortgeführt werden dürfe (bzw. wonach das «simple» Parkierungsschreiben [*simple lettre de parage*] unzulässig geworden sei).

a. Ungeachtet des Umstands, dass das BVGer sie in E. 2.3 des Urteils anspricht (ohne eine Antwort darauf zu geben), betrifft diese Frage die materielle Streitsache und nicht das Eintreten (bzw. die Frage nach dem Anfechtungsobjekt). Sie kann nur im Rahmen einer gegen den späteren Zuschlag gerichteten Beschwerde überprüft werden. Weil in casu ein anfechtbarer Entscheid noch nicht vorlag, war es dem BVGer verwehrt, die Frage materiell zu überprüfen, ob das «simple» Parkierungsschreiben nach wie vor als zulässig zu betrachten ist.

b. Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Praxis des «simplen» Parkierungsschreibens ungeachtet der neuen Bestimmung des Art. 40 Abs. 2 BöB nach wie vor zulässig sein. Das heisst, dass diese Praxis auch dann rechtens sein kann, wenn die Bedingungen der genannten Bestimmung nicht erfüllt sind, namentlich wenn die Vergabestelle das Vorgehen in der Ausschreibung nicht explizit angekündigt hat. Aus Art. 40 Abs. 2 BöB ist im Umkehrschluss lediglich abzuleiten, was schon früher galt, nämlich dass (ausserhalb dieser Vorschrift) stets sämtliche zulässigen Angebote vollständig bewertet werden müssen, es sei denn, zu einem bestimmten Zeitpunkt vor dem Abschluss der Bewertung stände mit Gewissheit fest, dass ein bestimmtes Angebot unabhängig vom weiteren Verlauf der Bewertung den Zuschlag nicht

mehr erhalten kann, weil es in der Zwischenbewertung bereits zu weit zurückliegt.

c. Hat die Vergabestelle die Offerten unter einem bestimmten Teil der Zuschlagskriterien bewertet und steht aufgrund des entsprechenden Zwischenergebnisses mit mathematischer Gewissheit fest, dass eine bestimmte Offerte selbst bei dem für sie günstigsten Ausgang der restlichen Bewertung den Zuschlag nicht mehr erhalten kann – weil ihr Punkterückstand grösser ist als der Vorsprung, den sie bei der restlichen Bewertung bestenfalls noch zu gewinnen vermöchte –, so darf die Vergabestelle den Vorgang der Bewertung dieser Offerte vor dessen Ende abbrechen, weil bereits zu diesem Zeitpunkt feststeht, dass eine andere Offerte den Zuschlag erhalten wird, so dass die Nichtberücksichtigung der betreffenden Offerte bereits begründet ist. In einem solchen Fall hat der Entscheid, die Bewertung nicht zu Ende zu führen, keine Auswirkungen auf die Stellung der betreffenden Anbieterin; es ist vielmehr die bis dahin durchgeführte Bewertung selbst, welche bewirkt, dass die Anbieterin den Zuschlag nicht erhalten wird. Die Vergabestelle kann die Bewertung gleichwohl zu Ende führen oder aber dies unterlassen; sie kann überdies der Anbieterin via «simples» Parkierungsschreiben mitteilen, dass deren Offerte den Zuschlag nicht erhalten werde (und gegebenenfalls dass die Bewertung daher nicht weitergeführt werde). In keinem Fall ändert sich die Stellung der Anbieterin. Es ist auch nicht erforderlich, ihr sofortigen Rechtsschutz zu gewähren. Sollte die Beschwerdeinstanz im Rahmen der Anfechtung des späteren Zuschlags (zu der die Anbieterin gerade auch unter Rücksichtnahme auf eine allenfalls nicht vollständige Bewertung legitimiert ist) feststellen, dass die Vergabestelle zu Unrecht auf die restliche Bewertung verzichtet hat (weil sie eine Gewissheit darüber nicht annehmen durfte, dass die betreffende Offerte chancenlos sei), ist der Zuschlag aufzuheben (vgl. hinten lit. d und Ziff. 5a) und sind die fehlenden Bewertungsschritte nachzuholen. Faktisch trifft es zwar zu, dass sich hierbei in bestimmten Fällen Nachteile für die vormalige Beschwerdeführerin ergeben, namentlich wenn es um bewertete Angebotspräsentationen und dergleichen geht. Entsprechende Risiken kann die Beschwerdeinstanz jedoch in ihrem Urteil adressieren, und gegebenenfalls kann sie im Rahmen einer neuen Zuschlagsbeschwerde überprüfen, ob ihre Anweisungen beachtet worden sind. Im Übrigen würde eine sofortige Anfechtungsmöglichkeit der Beschwerdeführerin nur dann einen effektiven Vorteil eintragen, wenn sie die aufschiebende Wirkung erzielte und damit erreichte, dass ihre Offerte in der weiterlaufenden Bewertung einbezogen bliebe.

d. Zumindest (vgl. nachfolgend Ziff. 4) ausserhalb der Vorschrift des Art. 40 Abs. 2 BöB ist es nach der hier vertretenen Auffassung gesetzeswidrig, wenn eine Vergabestelle den Vorgang der Bewertung einer Offerte vorzeitig abbricht, sobald sie aufgrund der bereits durchgeführten Bewertungen zur Ansicht gelangt ist, dass die betreffende Offerte «keine realistischen Chancen» (*«n'a plus de chance réaliste»*); so die Auftraggeberin im rapportierten Urteil, Sachverhalt G. und E. 2.3) mehr habe. Wenn nicht gewiss, sondern nur wahrscheinlich oder sehr wahrscheinlich ist, dass die Offerte

verlieren wird, besteht jedenfalls ausserhalb von Art. 40 Abs. 2 BöB kein Grund dafür, die vielleicht sehr geringen, in den hier interessierenden Fällen faktisch jedoch unzweifelhaft verbleibenden Chancen der betreffenden Offerte zu übergehen und diese vom Zuschlag fernzuhalten, obschon die restliche Bewertung noch dazu führen könnte, dass sie als die vorteilhafteste erscheint. Ein Nichtzuschlag, der auf einer Bewertung beruht, aus der sich nicht mit Gewissheit (sondern nur mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit) ergibt, dass die betreffende Offerte nicht am meisten Punkte erhält, ist nichts anderes als ein Nichtzuschlag, der auf einer ganz oder teilweise oberflächlichen oder lückenhaften (bzw. in den Worten des Gesetzes: nicht «umfassenden») Angebotsprüfung nach Art. 40 Abs. 2 BöB beruht. In diesem Sinn ist der vorzeitige Abbruch des Bewertungsvorgangs (und gegebenenfalls ein darauf gestütztes Parkierungsschreiben), der auf der blossen Feststellung beruht, die betreffende Offerte habe keine «realistischen Chancen» mehr, und der insoweit nicht in mathematischer Gewissheit gründet, höchstens dann zulässig, wenn die Voraussetzungen des Art. 40 Abs. 2 BöB erfüllt sind. Insbesondere muss nach dieser Bestimmung das entsprechende Vorgehen aufgrund eines ausserordentlich grossen Aufwands für die Angebotsprüfung gerechtfertigt und in der Ausschreibung angekündigt worden sein.

4a. Durch Art. 40 Abs. 2 BöB soll die Vergabestelle nach entsprechender Ankündigung in der Ausschreibung dazu berechtigt werden, nach Durchführung einer nicht «umfassenden» (d.h. einer sich nicht in abschliessender Tiefe über alle Zuschlagskriterien erstreckende) Bewertung der Offerten nur eine bestimmte Anzahl von diesen in die weiteren und schliesslich zur Zuschlagserteilung führenden Bewertungsschritte einzubeziehen und alle übrigen von der Zuschlagserteilung fernzuhalten, wie wenn sie ausgeschlossen worden wären (vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1955; D. STUCKI, in: H. R. Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 40 BöB/IVöB N 21 ff.), obschon sie keinen Ausschlussgrund erfüllen und auch nicht gewiss (sondern höchstens in einem bestimmten Mass wahrscheinlich) ist, dass sie den Zuschlag auch bei Durchführung der restlichen Bewertungsschritte nicht erhielten.

b. Diese Bestimmung findet im GPA keine Stütze (auch D. STUCKI, a.a.O., N 38, der die Staatsvertragskonformität von Art. 40 Abs. 2 BöB an sich nicht bezweifelt, stellt fest: «GPA 2012 XI:5 sieht eine Begrenzung von Anbieterinnen bzw. von Angeboten nur für das selektive Verfahren ausdrücklich vor.»). Von einer Anrufung des Art. 40 Abs. 2 BöB im Staatsvertragsbereich ist darum abzuraten. Das GPA stellt für jene Fälle, in denen die abschliessende Bewertung der Gesamtheit der Offerten einen übermässigen Aufwand darstellen würde, das selektive Verfahren zur Verfügung (Art. IX:4–6 GPA). In diesem – und nur in diesem (a.M. wohl D. STUCKI, a.a.O., N 38) – ist es unter Umständen erlaubt, die Anzahl Anbieterinnen zu beschränken, dies allerdings nur vor der Offertstellung und nicht danach (vgl. Art. VII:2 lit. k [«eine beschränkte Anzahl qualifizierter An-

bieter [...], die eingeladen werden, ein Angebot einzureichen») und Art. IX:5 GPA). Auch im selektiven Verfahren lässt das GPA mit anderen Worten das vorzeitige Ausscheiden von Angeboten, von denen nicht feststeht, dass sie nachrangig sind (und es mit Gewissheit bleiben werden), nicht zu (dies übergeht D. STUCKI, a.a.O., N 38, wenn er festhält, der Art. IX:5 GPA erwähne «nicht spezifisch», «welche Kriterien als Selektionskriterien zulässig sind», und damit, ohne Rücksicht auf Art. VII:2 lit. k [«Selektionskriterien»] im Vergleich mit Art. XV:5 [«Zuschlagskriterien»] GPA, andeutet, es könnte sich auch um Zuschlagskriterien handeln). Im Übrigen ergibt sich aus Art. XV:5 GPA, dass der Zuschlag dem günstigsten (lit. a) oder billigsten (lit. b) Angebot zu erteilen ist. Diese Vorschrift kann nur dann als eingehalten betrachtet werden, wenn sämtliche zulässigen Angebote vollständig bewertet werden (es sei denn, schon vor dem Ende der Bewertung stände mit Gewissheit fest, dass ein bestimmtes Angebot nicht mehr gewinnen kann). Andernfalls, wenn also bestimmte zulässige Angebote unberücksichtigt bleiben, ohne dass feststeht, dass ein anderes Angebot das günstigste (oder billigste) ist, wird Art. XV:5 verletzt. In diesem Sinn darf Art. 40 Abs. 2 BöB höchstens im Nichtstaatsvertragsbereich verwendet werden. Hier bleibt allerdings zu prüfen, ob der durch die Vergabestelle gesparte Verfahrensaufwand eine hinreichende Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung von gemäss Zwischenbewertung nachrangigen, aber nicht völlig chancenlosen Angeboten liegen kann und wie gross er in diesem Fall sein muss. Das Gesagte gilt im Übrigen auch für Art. 40 Abs. 2 IVöB 2019.

5. Im Rahmen einer Beschwerde, die sich gegen einen Zuschlag richtet, der ergangen ist, nachdem die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin im Sinn eines «simplen» Parkierungsschreibens (vgl. vorne Ziff. 3c) oder gestützt auf Art. 40 Abs. 2 BöB (vgl. vorne Ziff. 4a) vorzeitig abgebrochen worden ist, überprüft die Beschwerdeinstanz bei Vorliegen entsprechender Rügen, ob der Abbruch des Bewertungsvorgangs zulässig war.

a. Im Fall eines «simplen» Parkierungsschreibens bzw. eines Bewertungsabbruchs, der auf der Annahme beruht, dass gewiss sei, dass die betreffende Offerte den Zuschlag nicht erhalten könne, kann die Urheberin dieser Offerte mit gegen den Zuschlag gerichteter Beschwerde zum einen geltend machen, dass die tatsächlich durchgeführte Bewertung rechtsfehlerhaft gering ausgefallen sei, und zum anderen, aufbauend auf das durch das genannte Argument gewonnene Ergebnis oder losgelöst davon, dass die Vergabestelle angesichts der durchgeführten Bewertung zu Unrecht angenommen habe, es stehe mit Gewissheit fest, dass die betreffende Offerte den Zuschlag nicht mehr erhalten könne. Dabei ist mit Blick auf die Eintretensfrage von einem Rechtsschutzinteresse immer dann auszugehen, wenn die Annahme der durch die Beschwerdeführerin erhobenen Rügen zur Zuschlagserteilung an diese oder zumindest dazu führen würde, dass die Vergabestelle verpflichtet wird, die Offerte der Beschwerdeführerin deswegen vollständig zu bewerten, weil die vorliegende Bewertung die Annahme nicht zulässt, es

stehe mit Gewissheit fest, dass der Zuschlag auf eine andere Offerte zu erteilen ist. Im Zuge der materiellen Prüfung der Frage, ob die Vergabestelle zu Recht von Gewissheit darüber ausging, dass die streitbetroffene Offerte nicht mehr gewinnen könne, kann die Beschwerdeinstanz im Übrigen berücksichtigen, welche Bewertungen die im Verfahren belassenen Offerten unter denjenigen Zuschlagskriterien erreicht haben, nach denen die streitbetroffene Offerte nicht mehr bewertet worden ist. Die Vergabestelle kannte diese Bewertungen zum infrage stehenden Zeitpunkt zwar noch nicht, doch wäre es nicht verfahrensökonomisch, im Beschwerdeverfahren davon zu abstrahieren und den angefochtenen Zuschlag auch dann aufzuheben, wenn aufgrund der ohne die streitbetroffene Offerte durchgeführten Bewertungen im Nachhinein feststeht, dass eine Nachbewertung dieser Offerte das Verfahrensergebnis nicht mehr zu beeinflussen vermöchte. Der Zuschlag ist in diesem Sinn nur dann aufzuheben, wenn es auch angesichts der nach dem Ausklammern der streitbetroffenen Offerte durchgeführten Bewertungen mathematisch noch als möglich erscheint, dass diese Offerte am meisten Punkte erhalten würde, wenn sie vollständig bewertet würde.

b. Im Fall der Anrufung von Art. 40 Abs. 2 BöB (was, wie dargelegt, höchstens im Nichtstaatsvertragsbereich zulässig ist; vgl. vorne Ziff. 4), verhält es sich ähnlich. Hier kann die Anbieterin, deren Offerte nicht vollständig bewertet worden ist, mit Beschwerde gegen den Zuschlag erstens vortragen, dass die effektiv durchgeführte Bewertung zu rechtswidrig tiefen Ergebnissen geführt habe, und zweitens, gestützt auf dieses erste Argument oder unabhängig davon, dass nach der

vorliegenden Bewertung die (transparenzhalber in der Ausschreibung angekündigten) Bedingungen für einen Bewertungsabbruch nicht erfüllt waren. Und auch hier gilt mit Bezug auf die Frage des Rechtsschutzinteresses, dass ein solches zu bejahen ist, wenn die Annahme der Beschwerdeführerin zu erteilen oder dass deren Offerte vollständig zu bewerten ist. Allerdings ist im Zusammenhang mit Art. 40 Abs. 2 BöB zu beachten, dass diese Bestimmung es nicht nur zuzulassen scheint, dass der Bewertungsabbruch auf eine vollständige Bewertung einer Auswahl aller in concreto geltenden Zuschlagskriterien abgestützt wird, sondern auch, dass dieser Abbruch auf einer oberflächlichen (und damit rein provisorischen) Bewertung aller oder einiger der in concreto geltenden Zuschlagskriterien abstellt. Im zweiten Fall ist wirksamer Rechtsschutz faktisch kaum möglich: Die Beschwerdeinstanz kann hier nur überprüfen, ob die Bewertung unter Berücksichtigung ihrer oberflächlichen Natur rechtsfehlerbehaftet ist (nicht überprüft werden kann dagegen, wie die Bewertung ausgefallen wäre, wenn sie nicht oberflächlich durchgeführt worden wäre), und zudem, ob das Ergebnis dieser Bewertung angesichts der (idealerweise) ausgeschriebenen Bedingungen den Bewertungsabbruch zu begründen vermag. Diese Lage der Dinge lässt, jenseits der Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit der Bestimmung (vorne Ziff. 4), Zweifel daran aufkommen, dass es zulässig sei, einen Bewertungsabbruch nach Art. 40 Abs. 2 BöB auf eine nicht abschliessende bzw. oberflächliche Bewertung bestimmter Zuschlagskriterien abzustützen.